



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Procuradoria-Geral do Consultivo

Parecer Jurídico n.º 373/2021/2021 - PGDF/PGCONS

Processo SEI n.º 00063-00005789/2020-19

Interessado: Fundação Hemocentro de Brasília

Assunto: Licitação pública. Contratação de empresa especializada. Art. 74, III, “h”, da Lei 14.133/2021.

DIREITO ADMINISTRATIVO. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LEI 14.133/2021. ART. 74, III, “H”. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Opino pela viabilidade jurídica de contratação, mediante inexigibilidade de licitação (art. 74, III, “h”, da Lei 14.133/2021) de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento do Programa de Avaliação Externa da Qualidade para atender às necessidades do laboratório de Imunologia de Transplantes da Fundação Hemocentro de Brasília, desde que observadas as recomendações/ressalvas contidas no presente opinativo e no Parecer 235/2021 – PGDF/PGCONS.

I - RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo instaurado para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento do Programa de Avaliação Externa da Qualidade (AEQ), objetivando atender às necessidades do Laboratório de Imunologia de Transplantes da Fundação Hemocentro de Brasília (FHB) no ano de 2021, por meio de inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 74, III, alínea “h”, da Lei 14.133/2021.

Aos autos foram juntados diversos documentos, dentre os quais:

1. Diversas versões do Termo de Referência, sendo a última versão devidamente aprovada aquela acostada ao SEI/GDF 65553165;
2. Documento de Oficialização de Demanda (SEI/GDF 51908680);

3. Estudo Técnico Preliminar (SEI/GDF 55050170, 56618557 e 58451161);
4. Nota Técnica n.º 8/2021 – FHB-DF/PR/DIAFI/SECOMP/SUACLI (SEI/GDF 56141821);
5. Propostas comerciais (SEI/GDF 57277182 e 57416802);
6. Declaração de sustentabilidade ambiental (SEI/GDF 57277182);
7. Comprovante de inscrição no CNPJ (SEI/GDF 57277182 e 65482383);
8. Despacho da Subseção de Pesquisa de preços da FHB (SEI/GDF 58365098);
9. Minuta de edital de licitação (SEI/GDF 61004007 e 63525543);
10. Nota Técnica n. 39/2021 e 50/2021 – FHB-DF/PR/DIAFI/SECOMP/SUACLI (SEI/GDF 61057954 e 62159338);
11. Declaração (SEI/GDF 63646200);
12. Certidões negativas (SEI/GDF 63657942);
13. Pesquisa de preço (SEI/GDF 65485200);
14. Carta de Exclusividade (SEI/GDF 65484661);
15. Disponibilidade orçamentária (SEI/GDF 57583698);
16. Minuta de contrato (SEI/GDF 65468794 e 65553165);
17. Parecer Jurídico (SEI/GDF 64527361);
18. Memorando n.º 18/2021 – FHB-DF/PR/DIAFI/SECOMP (SEI/GDF 65594218).

Ao final, os autos foram encaminhados para a Procuradoria-Geral do Distrito Federal para emissão de parecer.

Eis o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente, há de se destacar que a presente manifestação diz respeito aos aspectos eminentemente jurídicos e formais da presente licitação, excluída qualquer apreciação quanto ao mérito do ato administrativo, cuja análise e responsabilidade estão adstritas ao gestor público. De igual modo, estão fora da análise deste opinativo as questões de ordem técnica, a exemplo das especificações constantes do termo de referência e outros documentos.

Ademais, impende asseverar que, ao compulsar os autos, diversas certidões do FGTS, do TCU etc encontram-se vencidas, devendo ser atualizados tais documentos até a celebração do contrato. As certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas devem ser juntadas ao processo antes da formalização do contrato.

De mais a mais, não consta da instrução dos autos a devida consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), a teor do art. 91, §4º, da Lei 14.133/2021. Logo, antes da celebração do contrato, tal providência há de ser tomada pelo setor competente, sob pena das penalidades cabíveis ao servidor responsável.

Quanto ao mérito propriamente dito, passo à análise.

Em relação à vigência e aplicabilidade da Lei 14.133/2021, a questão já foi objeto de análise pelo Consultivo desta Casa Jurídica, tendo sido aprovado o Parecer n.º 235/2021 – PGDF/PGCONS, nos seguintes termos:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI N. 14.133/2021. LEI N. 8.666/93. PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - PNCP. INEXISTÊNCIA. VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA LEI.

1. A previsão de criação do Portal Nacional de Contratações Públicas não é óbice à aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de vulneração das disposições referentes à sua eficácia imediata e à possibilidade de opção por licitar ou contratar de acordo com a Lei nº 14.133/2021, inclusive enquanto vigentes, concomitantemente, as Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011.

2. É juridicamente admissível a aplicação imediata da Lei nº 14.133/2021 a licitações e contratos administrativos no Distrito Federal, contanto que a divulgação dos respectivos atos ocorra em sítio eletrônico oficial, de forma centralizada, e observe todas as exigências relativas à publicidade e transparência do procedimento prevista no teor do referido diploma legal.

3. Há dispositivos da Lei n. 14.133/2021 que dependem de regulamentação própria para alcançarem eficácia, os quais são identificados a partir da verificação de imprescindibilidade do regulamento para que ela produza seus efeitos essenciais.

4. Os regulamentos infralegais preexistentes podem servir aos dispositivos da Lei n. 14.133/2021, desde que não sejam contrários à norma legal.

5. Dependem de regulamentação para alcançar eficácia os seguintes dispositivos: art. 8º; art. 19, inciso II c/c § 1º; art. 20, caput; art. 25, § 9º; art. 26, inciso I e II; art. 34, § 1º; art. 36, § 3º; art. 43, § 2º; art. 60, III; art. 61, § 2º; art. 65, § 2º; art. 67, § 3º; art. 70, parágrafo único; art. 88, §§ 3º e 4º; art. 92, inciso XVIII; art. 144, § 1º; art. 162, parágrafo único; art. 175, § 1º; e art. 184.

Sendo assim, é juridicamente possível a aplicação imediata da Lei 14.133/2021 a licitações e contratos administrativo no âmbito local, desde que a divulgação dos respectivos atos ocorra em sítio eletrônico oficial, de forma centralizada, observando todas as exigências relativas à publicidade e transparência do procedimento. Além do mais, os dispositivos citados no parecer acima transcrito necessitam de regulamentação para obtenção de eficácia social e efetividade prática.

Desse modo, deve ser observado o opinativo 235/2021 – PGDF/PGCONS, notadamente em relação ao seguinte trecho:

“As normas pendentes de regulamentação para que surtam efeitos são adiante elencadas.

Em primeiro lugar, tem-se o art. 8º da Lei nº 14.133/2021, o qual prevê que “a licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação”.

Com efeito, o § 3º do referido dispositivo legal torna imprescindível a regulamentação para que a norma seja eficaz, ao estabelecer que “as

regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei **serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei**".

No que concerne à utilização de catálogo eletrônico de padronização de compras,

serviços e obras, previsto no art. 19, inciso II, da Lei nº 14.133/2021º c/c § 1º do referido dispositivo legal [14] prevê a possibilidade de utilizá-lo "em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto", contendo "toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento". Na hipótese, há exigência de regulamentação para a aplicação do referido dispositivo, sem o qual não se afigura possível a sua aplicação.

Já quanto aos itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública, tendo em vista que o art. 20, caput, da Lei nº 14.133/2021 veda a aquisição de artigos de luxo, observa-se que a utilização da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos na hipótese depende da regulamentação dos "limites para o enquadramento dos bens de consumo nas

categorias comum e luxo". Trata-se, portanto, de norma de eficácia limitada, porquanto sua aplicação depende da precisão do conceito de artigo de luxo e essa regulamentação deverá ser feita até 180 dias da promulgação da lei (art. 20, § 2º).

O art. 25, § 9º, da Lei nº 14.133/2021, por sua vez, prevê que "o edital poderá, na

forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por: I - mulheres vítimas de violência doméstica; II - oriundos ou egressos do sistema prisional". Os referidos dispositivos dependem de regulamentação para que comportem aplicados.

Com efeito, convém rememorar que o entendimento desta Casa Jurídica firmou-se no sentido de que **existe determinação específica do Tribunal de Contas do Distrito Federal (Decisão nº 1122/2009) para que não se proceda ao cumprimento da Lei nº 4.079, de 4 de janeiro de 2008, que dispõe sobre a reserva de vagas para apenados em regime semiaberto e egressos do sistema penitenciário nas contratações para prestação de serviços com fornecimento de mão-de-obra à**

Administração Pública do Distrito Federal, regulamentada no Decreto nº 29.174/2008 (vide Parecer nº 459/2020 – PROCAD/PGDF e, mais recentemente, o Parecer Jurídico nº 29/2020 – PGDF/PGCONS).

Outrossim, quanto à Lei nº 4.652, de 18 de outubro de 2011, que cria, no âmbito do Distrito Federal, o Programa de Valorização Profissional junto aos apenados em regime semiaberto e aos egressos do sistema penitenciário, adota-se o entendimento de que "a norma distrital sobre a reserva de vagas para apenado em muito destoa do que previsto na regra geral estabelecida pela União Federal, atraindo a aplicação do disposto no art. 24, § 4º, da Constituição Federal ('§4º A

superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.')" (Cota de aprovação parcial do Parecer Jurídico SEI-GDF n.º 85/2018 – PGDF/GAB/PRCON).

*Os fundamentos externados na cota de aprovação parcial do referido parecer consignam que “é possível identificar incompatibilidades entre as duas normas que vão além da exigência de tais requisitos aos contratos de aquisição de bens pela norma federal, enquanto o ditame local tem por objeto tanto ajustes para a prestação de serviços **quanto para fornecimento de bens**”.*

*Foi salientado, na ocasião, que há ainda dois aspectos substanciais que afastam a possibilidade de vigência da norma suplementar distrital: “Enquanto no DF a previsão de que o percentual mínimo de contratação deveria ser exigido **dos licitantes, a Lei de Licitações trata de obrigação à empresa contratada**, portanto, somente aquela que se sagra vencedora do certame”; “segundo, a lei local exige empregados apenados em regime semiaberto ou egressos do Sistema Penitenciário do DF, a passo que a lei nacional impõe que a mão de obra seja oriunda de egresso do sistema prisional”. Consignou-se, ainda, “nota distintiva, sob o aspecto prático, de que, sob a égide da Lei nº 4.652/2011, os empregos fornecidos precisam atender uma restrição territorial que não está presente com o advento do § 5º, do artigo 40 da Lei nº 8.666/93”.*

Os dois últimos argumentos no que concerne à suspensão da eficácia da norma distrital e a nota distintiva consignada na aludida cota de aprovação parcial permanecem incólumes. Com efeito, conquanto o art. 25, § 9º, da Lei nº 14.133/2021 não mais restrinja a possibilidade de se exigir contratação mínima de mão de obra oriunda ou egressa do sistema prisional “para a contratação de serviços” como estabelecia o § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, o novel diploma, na mesma linha do referido dispositivo da lei anterior, estabelece no dispositivo mencionado que tal exigência recai apenas sobre a empresa que se sagra vencedora do certame, ao se referir à “execução do objeto da contratação”.

Permanece, ainda, o descompasso da Lei Distrital nº 4.652/2011 com a norma geral federal superveniente, porquanto a primeira restringe a qualificação como empregado apenado, para fins de aplicação da referida exigência, àqueles que se encontram em cumprimento de pena em regime semiaberto, e como egressos do sistema penitenciário, os que cumpriram pena nesta unidade da federação, de forma contrária à abrangência prevista na Lei nº 14.133/2021.

Logo, sob a égide da Lei nº 14.133/2021, permanecem válidas as conclusões externadas na cota de aprovação parcial do Parecer Jurídico SEI-GDF n.º 85/2018 – PGDF/GAB/PRCON no que concerne à suspensão da eficácia da Lei Distrital nº 4.652/2011, nos termos do art. 24, § 4º, da Constituição Federal.

Permanece, todavia, a possibilidade de regulamentação do dispositivo da Lei de Licitações, que não exige a existência de lei distrital para que a matéria seja disciplinada pelo Poder Executivo – pelo contrário, estabelece que a matéria será disposta em regulamento. Tal conclusão se encontra em consonância com o Despacho 31119218, segundo o qual “a) a Lei nº 4.652/2011 é inconstitucional, embora não tenha sido afastada do ordenamento jurídico por decisão judicial; b) a inconstitucionalidade acima não afasta a possibilidade de regulamentação do art. 40, § 5º, da Lei nº 8.666/93; c) já há minuta de regulamentação do dispositivo acima em âmbito distrital (16868498), a qual foi objeto do Parecer nº 163/2019-PGCONSPGDF”. No mesmo sentido, o Parecer Jurídico n.º 29/2020 - PGDF/PGCONS.

O art. 26, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 prevê a possibilidade de estabelecimento de margem de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, a qual será

definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, observado o disposto no § 2º do referido dispositivo, que estabelece o limite de até 20% (vinte por cento) nos casos de bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal. O inciso II do art. 26 do novel diploma legal, por sua vez, estabelece a possibilidade de fixação de margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, “conforme regulamento”[15].

Em todas as hipóteses, tendo em vista que o novel diploma também estabelece a faculdade do ente federativo, a aplicação da margem de preferência de que trata o dispositivo não é automática. É nesse sentido o Parecer nº 431/2014 – PROCAD/PGDF, cujos fundamentos permanecem incólumes, o qual asseverou que, “para a efetividade da faculdade prevista no art. 3º, da Lei Geral de Licitações no tocante à possibilidade do Gestor Público resolver estabelecer Margem de Preferência em alguma licitação pública em órgãos ou entes do Complexo Administrativo do Distrito Federal, esta depende de regulamento próprio local, ou seja, de Decreto Distrital disciplinando a matéria ou recepcionando Decreto Federal que trate do assunto”.

Quanto à utilização do critério do “menor preço sustentável”, a Lei nº 14.133/2021 prevê, no art. 34, § 1º, que “os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, **sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento**”. Como se observa, a norma exige, para sua aplicação, a definição de critérios objetivamente mensuráveis em regulamento. Trata-se, portanto, de norma de eficácia limitada, cuja aplicação depende de edição de decreto para definição das balizas para aplicação deste critério de julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes.

A consideração do desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública como pontuação técnica, por sua vez, depende da implantação e regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, previsto no art. 88, § 4º, e previsão expressa em regulamento.

Com efeito, o art. 36, § 3º, da Lei nº 14.133/2021 estabelece que “o desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica, **observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 88 desta Lei e em regulamento**”, ao passo que o art. 88, § 4º, estabelece que “a anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, **será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações**, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral”. Ambas as normas condicionam

suas incidências à regulamentação, razão por que se tratam de normas de eficácia limitada, inaplicáveis até o advento respectivo decreto.

As contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado, por sua vez, demandam regulamentação para que se procedam na forma da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Nos termos do art. 43, § 2º, “as contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado **serão disciplinadas em regulamento que defina processo de gestão estratégica das contratações desse tipo de solução**”. Como

também estabelece a doutrina de Irene Patrícia Diom Nohara:

As contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado serão disciplinadas em regulamento que defina processo de gestão estratégica das contratações desse tipo de solução. Por ser um objeto que demanda uma atenção especial, dado que é muito alinhado com o “estado da arte” do desenvolvimento tecnológico em programações, demanda a Lei que haja disciplina em regulamento estabelecida com vistas a organizar uma gestão estratégica das soluções em aplicativos ou sistemas operacionais digitais.[16]

A eficácia do referido dispositivo também é condicionada à regulamentação. Destarte, tratar-se de norma de eficácia limitada, que não comporta aplicabilidade imediata.

O art. 60, inciso III, da Lei nº 14.133/2021 também exige a disciplina regulamentar para que ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho sejam utilizadas como critérios de desempate. É a redação da norma: “Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: [...] desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento”. De igual modo, a aplicação do referido critério de desempate não prescinde de regulamento, na medida em que nele serão definidos os critérios a serem adotados para sua aferição.

*A negociação de condições mais vantajosas com o primeiro colocado, após o resultado do julgamento, encontra previsão no art. 61 da Lei nº 14.133/2021. O § 2º do referido dispositivo, todavia, estabelece que “**a negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento**, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório”. Tendo em vista a carência de regulamentação da atuação do agente de contratação nesse sentido, a matéria há de ser disciplinada em regulamento para que o referido dispositivo comporte aplicação.*

O art. 65, § 2º, da Lei nº 14.133/2021 também estabelece que “a habilitação poderá ser realizada por processo eletrônico de comunicação a distância, nos termos dispostos em regulamento”.

Trata-se, igualmente, de norma de eficácia limitada, na medida em que as condições para sua aplicação dependem da edição de regulamento neste sentido.

O art. 67, § 3º, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por sua vez, prevê que, salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do caput do referido dispositivo[17], relativas à comprovação da qualificação técnico-profissional e técnico-profissional, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a

*empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que “**as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento**”. A referida norma, para lograr aplicabilidade, também demanda regulamentação, que apresente as provas alternativas eventualmente aceitáveis em substituição àquelas previstas no art.*

67, incisos I e II.

O art. 70, parágrafo único, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

estabelece que as empresas estrangeiras que não funcionem no País

deverão apresentar documentos equivalentes aos exigidos para habilitação, “na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo Federal”. Nota-se, portanto, que a aplicação da referida norma se encontra condicionada à edição de regulamento do Poder Executivo Federal que permita a apresentação de documentos distintos dos previstos no Capítulo VI do Título II da Lei nº 14.133/2021.

A cláusula referente ao modelo de gestão do contrato, por ter de observar os “requisitos definidos em regulamento”, nos termos do art. 92, inciso XVIII, da Lei nº 14.133/2021[18], também exige regulamentação para sua aplicação.

*O pagamento com base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, na hipótese em que o contrato visa à implantação de processo de racionalização também exige regulamentação específica para sua aplicação, nos termos do art. 144, § 1º, do novel diploma legal: “O pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, **na forma de regulamentação específica.**” Destarte, trata-se, igualmente, de norma de eficácia limitada.*

*A regulamentação sobre a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos ainda deve ser feito pelo Poder Executivo, na forma do **art. 162, parágrafo único**, o que não impede a aplicação em si das penalidades.*

No que concerne à contratação por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, o art. 175, § 1º, da Lei nº 14.133/2021[19] não a obsta, contanto que se mantenha, com o advento do PNPC, a integração com esse sítio eletrônico oficial, mas prevê a necessidade de observância de regulamento na hipótese. A norma em questão, portanto, também depende de regulamento para que seja eficaz.

*Quanto à aplicação subsidiária da Lei nº 14.133/2021 aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, o art. 184 do referido diploma legal prevê que “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, **na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal**”. O referido dispositivo reserva, portanto, a aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos aos referidos instrumentos à hipótese de regulamentação do Poder Executivo federal a seu respeito”.*

Especificamente no caso concreto, ao final da fase preparatória, não apenas o processo administrativo relativo à licitação, mas também os procedimentos envolvendo contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões, atas de registro de preço, outros instrumentos congêneres e seus termos aditivos seguirão para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará o controle prévio de legalidade (art. 53, §4º, da Lei 14.133/2021).

A contratação em tela envolve o dispêndio orçamentário de R\$ 5.587,00, ou seja, a licitação na situação em concreto seria, inclusive e em tese, dispensável, nos termos do art. 75, II, da Lei 14.133/2021. Em razão desse baixo valor, da baixa complexidade da contratação ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato previamente padronizados, poderia a presente análise jurídica ser dispensada, caso existisse ato da autoridade jurídica máxima competente da PGDF, o que, salvo melhor juízo, ainda não foi editado (art. 53, §5º, da citada lei).

O objeto da presente contratação consiste na prestação de serviços de controle de

qualidade externa do Laboratório de Imunologia de Transplantes da FHB no ano de 2021. A Resolução de Diretoria Colegiada da ANVISA n.º 61/2009 exige alguns requisitos mínimos para o funcionamento dos laboratórios de histocompatibilidade e imunogenética que realizam atividades de transplantes, dentre os quais: a) o monitoramento da fase analítica por meio de controles internos específicos para cada exame e controle externo de qualidade (art. 58 da Resolução); b) confiabilidade dos serviços laboratoriais prestados por meio de, no mínimo, controle interno de qualidade e controle externo de qualidade (art. 74).

Nesse diapasão, a hipótese dos autos enquadra-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, III, “h”, da Nova Lei de Licitações e Contratos:

“Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

(...)

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

O §3º do citado dispositivo prevê que o profissional ou empresa de notória especialização é aquela que possui conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permitindo inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecimento adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Na última versão do Termo de Referência acostado aos autos, há a seguinte informação:

“Como bem apresentado pela Associação Brasileira de Histocompatibilidade - ABH (57583698), a eventual contratada caracteriza-se como Associação sem fins lucrativos, a qual presta serviços de avaliação e controle da qualidade de laboratórios de histocompatibilidade e, conforme posto pela ABH, trata-se de única entidade brasileira a prestar esse tipo de serviço. Em processos anteriores (0063-000394/2017, 00063-00001844/2019-98, 00063-0003761/2019-33), a única participante e contratada foi a ABH. Esse fato somente corrobora o que foi argumentado pela instituição.

Não obstante, cabe ressaltar um ponto fundamental trazido pela referida instituição. A entidade trata-se de associação sem fins lucrativos, portanto não consegue obter atestado de exclusividade por meio de junta comercial.

Ademais, cumpre salientar que a instituição é composta por membros especialistas em histocompatibilidade e imunogenética, razão pela qual a contratação se dará por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 74, inciso III, alínea “h”, da Lei nº 14.133/2021.

Verifica-se a notória especialização, por meio de contratos anteriores firmados com a FHB, demonstrando o bom desempenho nos serviços prestados, constatando-se, assim, que o seu trabalho é reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado.

Ademais, poderia-se haver questionamento quanto à restrição à possível concorrência. Contudo, não é o caso deste serviço. Para este objeto não se

verifica outras empresas que prestam o mesmo tipo de serviço, possivelmente por tratar-se de campo deveras limitado de atuação, o qual trata apenas de exames para eventual transplante de órgãos. Portanto, conforme comprovado em certames anteriores, não se verifica possibilidade de concorrência para este tipo de serviço.

Assim, resta atendido, *a priori*, os termos do art. 74, §3º, da Lei 14.133/2021. Contudo, a afirmação de que o atestado de exclusividade não pode ser obtido perante a junta comercial, por ser a fornecedora uma associação sem fins lucrativos, não impede que o agente público/gestor pratique diligências visando assegurar a veracidade das declarações emitidas pela própria interessada/associação (Decisão 578/2002 – Plenário TCU).

Com efeito, o TCU vem demonstrando preocupação com o teor dos atestados de exclusividade, tanto que já sumulou o entendimento segundo o qual:

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade (Súmula 255/TCU).

Assim, deve a autoridade administrativa adotar as providências necessárias para confirmar a veracidade da declaração de exclusividade juntada aos autos.

Além disso, o controle de qualidade e ensaios laboratoriais são considerados, por lei, serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, sem espaço para qualquer discussão doutrinária ou jurisprudencial a respeito (art. 6º, XVIII, “h”).

Como se não bastasse, a autoridade administrativa deve observar as imposições legais previstas no art. 7º a 10 da Lei 14.133/2021, atestando o seu adequado cumprimento.

Convém, ainda, que o órgão de planejamento do Distrito Federal (Secretaria de Economia e Planejamento) seja instado a elaborar, se o caso, plano de contratações anual, com o fito de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias (art. 12, VII, §1º).

O processo de contratação direta, que compreende o caso de inexigibilidade, deverá ser instruído com alguns documentos, devidamente previstos no art. 72 da Lei 14.133/2021. Embora tenha sido previsto no estudo técnico preliminar possíveis impactos ambientais e medidas mitigadoras de tratamento, é certo que a análise de risco exigida pela lei envolve os riscos sociais, de integridade (*compliance*), governança etc (p.ex, *ESG – Environmental, Social and Governance*). Tais riscos não foram adequadamente previstos no presente processo administrativo. Na referida análise deve constar os riscos que possam comprometer a boa execução do contrato (art. 18, X).

Além do mais, a matriz de risco, como cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidade entre as partes (art. 6º, XXVII), deve constar na minuta contratual, quando for o caso (art. 92, IX e art. 103). A regra pende em favor da previsão da matriz de risco no contrato, em respeito ao princípio da sustentabilidade financeira, ambiental e social do contrato. Caso não seja o caso de previsão de alocação de riscos no contrato, mediante previsão de uma matriz com eventos e seus efeitos e probabilidades, deve essa circunstância ser devidamente motivada Opela autoridade competente.

Por fim, na inexigibilidade de licitação, a instrução do processo administrativo deve constar a estimativa de despesa, a ser calculada na forma prevista no art. 23 da Lei 14.133/2021 (art. 72, II).

Dispõe o art. 23, *in verbis*:

“Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

(...)

§ 3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação, a que se refere o caput deste artigo, poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

§ 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.

§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético referido no mencionado parágrafo.

Por força do art. 23, §3º, é legítima a continuidade de adoção dos parâmetros de pesquisa de preços previsto na Lei local 5.525/15, regulamentada pelo Decreto 39.453/2018, desde que não haja recurso financeiro da União envolvido.

O art. 2º da Lei 5.525/2015 consta a seguinte disposição:

“Art. 2º Na formatação do preço médio praticado pelo mercado, devem ser utilizados os seguintes parâmetros:

I – relatório de pesquisa de preço de produtos, com base nas informações da Nota Fiscal Eletrônica – NFe;

II – preços públicos referentes a aquisições ou contratações similares realizadas pelo Distrito Federal ou órgãos federais;

III – pesquisa publicada em mídia ou site especializado ou de domínio amplo;

IV – pesquisa junto a fornecedores.

Já o Decreto 39.453/2018 assim se encontra redigido:

Art. 4º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

I - relatório de pesquisa de preços de produtos com base nas informações da Nota Fiscal eletrônica - NFe;

II - preços públicos referentes a aquisições ou contratações similares realizadas pelo Distrito Federal e demais entes públicos;

III - pesquisa junto a fornecedores;

IV - pesquisa publicada em mídias ou sítios especializados ou de domínio amplo.

(...)

Art. 6º Deverá ser juntada aos autos Planilha Comparativa de Preços composta de, no mínimo, 03 valores válidos, obedecendo aos parâmetros estabelecidos no art. 4º, observadas as especificações ou descrições do objeto e os fatores intervenientes no preço, os quais serão definidos em norma complementar.

§ 1º É obrigatória a apresentação de pelo menos um preço de cada parâmetro constante nos incisos I e II do art. 4º.

§ 2º O gestor responsável deverá comprovar e justificar nos autos a impossibilidade de atendimento ao disposto no § 1º.

§ 3º Quanto aos preços obtidos por meio do Painel de Mapa de Preços de NFe, o valor a ser utilizado na composição da Planilha Comparativa de Preços corresponderá apenas ao valor médio encontrado para cada item pesquisado.

(...)

Art. 11. Excepcionalmente, mediante justificativa do gestor responsável e desde que comprovado nos autos, será admitida a pesquisa com menos de 03 preços válidos.

Portanto, mesmo envolvendo inexigibilidade de licitação, é necessário que o gestor avalie os preços atualmente praticados por este mesmo agente de mercado para outros entes públicos ou privados contratantes. Como já decidiu o TCU, *“a justificativa de preço em contratação decorrente de inexigibilidade (...) pode ser feita mediante a comparação do valor ofertada com aqueles praticados*

pelo contratado junto a outros entes públicos ou privados, em avenças envolvendo o mesmo objeto ou objeto similar (...). No que diz respeito aos preços contratados, o relator assinalou em seu voto, preliminarmente, a “dificuldade de justificar o preço nos casos de inexigibilidade à luz de propostas de outros fornecedores ou prestadores, razão pela qual foi nascendo o entendimento de que a razoabilidade do preço poderia ser verificada em função da atividade anterior do próprio particular contratado (nessa linha, item 9.1.3 do Acórdão 819/2005-TCU-Plenário)”. (...) essa linha de raciocínio “vem evoluindo no seio da Administração Pública (vide Portaria-AGU 572/2011) e sendo convalidada pelo Tribunal, como nos Acórdãos 1.565/2015, 2.616/2015 e 2.931/2016, todos do Plenário (...) levando em conta os valores praticados, pelas empresas contratadas, em outras avenças por elas mantidas, restando, pois, “demonstrada a equivalência dos valores cobrados da Administração com os valores praticados pelas contratadas em outros ajustes contemplando o mesmo objeto ou objeto similar (...) Com isso em mente, ênfase que a justificativa dos preços contratados (...) seguiu a jurisprudência desta Corte de Contas sobre o tema. Acórdão 2993/18. Rel. Min. Bruno Dantas. Plenário).

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, opino pela viabilidade jurídica de contratação, mediante inexigibilidade de licitação (art. 74, III, “h”, da Lei 14.133/2021) de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento do Programa de Avaliação Externa da Qualidade para atender às necessidades do laboratório de Imunologia de Transplantes da Fundação Hemocentro de Brasília, desde que observadas as recomendações/ressalvas contidas no presente opinativo e no Parecer 235/2021 – PGDF/PGCONS.

À consideração superior.

Brasília/DF, 7 de setembro de 2021

Carlos Odon Lopes da Rocha

Procurador do Distrito Federal

(em substituição ao titular)



Documento assinado eletronicamente por **CARLOS ODON LOPES DA ROCHA - Matr.0140552-7, Procurador(a) do Distrito Federal**, em 08/09/2021, às 16:53, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site:
http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0verificador=69526531 código CRC= **0E3194C0**.

"Brasília - Patrimônio Cultural da Humanidade"

SAM, Bloco I, Ed. Sede - Asa Norte, Brasília - DF - CEP 70620-000 - DF



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Procuradoria-Geral do Consultivo
Chefia - Procuradoria-Geral do Consultivo

Cota - PGDF/PGCCONS/CHEFIA

PROCESSO Nº: 00063-00005789/2020-49

MATÉRIA: Administrativo

APROVO O PARECER Nº 373/2021 - PGCONS/PGDF, proferido pelo ilustre Procurador do Distrito Federal Carlos Odon Lopes da Rocha.

Em acréscimo, além de consignar a possibilidade teórica de que a contratação pretendida se dê por dispensa de licitação com fundamento no art. 75, II, da Lei 14.133/2021 e nos termos do Parecer referencial 21/2021 - PGDF/PGCCONS, tenho por necessário que a minuta contratual ofertada (ID 65553165) seja:

(i) complementada com a indicação específica do embasamento legal adotado (Cláusula Segunda);

(ii.) corrigida para afastar divergências causadas pela previsão contraditória quanto à natureza dos serviços (ora são considerados contínuos, ora não);

(iii.) atualizada, em razão do tempo decorrido desde o início do processo;

(iv.) acompanhada, no que se relaciona à opção pelo pagamento antecipado (Cláusula Décima), de justificativa prévia, específica e técnica quanto à efetiva ocorrência da situação descrita no parágrafo primeiro do art. 145 da Lei 14.133/21;

(v.) revisada, a fim de excluir menções ao Edital (itens 14.1, 18.1, por exemplo), instrumento inexistente na contratação direta em tela. Em decorrência, necessário explicitar as sanções cabíveis;

(vi.) alterada, para que a publicidade do instrumento se dê sob a orientação do Parecer 235/2021 - PGDF/PGCCONS (Cláusula Vigésima Segunda).

Ressalto, ainda, que a autoridade administrativa deverá zelar pela correta condução do processo administrativo submetido a exame, sendo de sua inteira responsabilidade a observância às normas legais de regência e às recomendações constantes do opinativo.

Por fim, saliento que o teor do pronunciamento desta Procuradoria não obsta a possibilidade de nova análise deste órgão central do Sistema Jurídico do Distrito Federal, caso subsista dúvida jurídica específica.

DANUZA M. RAMOS

Procuradora-Chefe em substituição

De acordo.

Restituam-se os autos à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, para conhecimento e providências.

GABRIEL ABBAD SILVEIRA

Procurador-Geral Adjunto do Consultivo em substituição



Documento assinado eletronicamente por **DANUZA MARIA MACHADO RAMOS - Matr.0140582-9, Procurador(a)-Chefe-Substituto(a)**, em 04/10/2021, às 12:41, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **GABRIEL ABBAD SILVEIRA - Matr.0171596-8, Procurador(a)-Geral Adjunto(a) do Consultivo-Substituto(a)**, em 04/10/2021, às 14:03, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site:
[http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0&verificador=71188837)
verificador= **71188837** código CRC= **15CE7F02**.

"Brasília - Patrimônio Cultural da Humanidade"

SAM, Bloco I, Ed. Sede - Asa Norte, Brasília - DF - CEP 70620-000 - DF